

AS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM NA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

*Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª
Região, Professor de Processo Civil na
Faculdade de Direito do Recife/UFPE.*

1. Introdução

Pareceria intuitiva e até mesmo inevitável a aplicação das regras da experiência comum, na realização dos julgamentos judiciais, tendo-se em conta que cada apreciação das razões deduzidas pelos litigantes *envolverá sempre uma indispensável atitude crítica por parte do Julgador, tanto seja para rejeitá-las, quanto seja para as acolher.*

Essa crítica, que é própria e inexcluível de todo e qualquer ato humano de julgar, é matriciada diretamente nas convicções pessoais de quem o empreende, nutre-se de todas as suas experiências anteriores e dos conhecimentos que foi incorporando ao longo da sua existência, *não apenas os conhecimentos teóricos, intelectuais ou acadêmicos, sem dúvida alguma maximamente relevantes, mas também os que lhe advieram de outras fontes, como a dos duros embates da vida e das suas adversidades, estes de indispensável valor.*

O saber humano passa, na evolução do processo aquisitivo do conhecimento, da fase da *admiração ingênua* das coisas do mundo (algo como a cosmovisão das crianças) ao *comportamento dogmático* (que aceita um mundo como que desde sempre dado ou completo) e, em seguida, à *atitude crítica* (a perspectiva do mundo a construir-se), sendo que no terreno processual probatório essas etapas sucessivas são também visíveis, *indo desde a prova chamada aleatória (a prova casual ou*

metafísica) até o sopesamento científico dos meios de demonstração das verdades do processo, passando, antes, pela prova legalmente tarifada.

A questão das provas é até vista como o *autêntico núcleo* do Processo de Conhecimento, quando há fatos controvertidos a serem aclarados, e o seu estudo será sempre da maior utilidade, na mesma medida em que se buscar, como base dos julgamentos, *a verdade real da lide*, inobstante as muitas vezes opacas e *espessas camadas de variadas circunstâncias*, que quase sempre os envolvem e mesmo os ocultam por completo.

Este estudo volta-se a tal finalidade e veicula reflexões que *podem (talvez) contribuir para provocar outras tantas de maior profundidade e mais seguras conseqüências.*

2. As Regras da Experiência Comum na Formação da Convicção do Juiz

A previsão da aplicação judicial das chamadas *regras da experiência comum*, na apreciação das provas encartadas no processo (art. 335 do CPC), constitui uma *grande novidade* no sistema do Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), tendo em vista que o Estatuto Processual Civil anterior (CPC de 1939) era completamente omissa a esse respeito, *embora a doutrina mais autorizada sempre tenha aceito como indispensável, na elaboração dos julgamentos (formação dos juízos), a presença da macro-avaliação de todo o cenário probatório.*

Esse dispositivo processual, explicitador da função judicial no tocante ao *sopesamento das provas*, harmoniza-se com a *maximização do valor que modernamente se atribuiu ao Juiz na condução do processo judicial*, superando-se aquela famosa fase anterior, em que se afirmava (e com inteira razão) que o desenvolvimento da instrução processual se *assemelhava em tudo e por tudo a um autêntico duelo entre as partes*

litigantes, do que o Julgador era um observador privilegiado, sem dúvida, mas essencialmente e quase sempre passivo.

Por conseguinte, embora situado no capítulo que rege a atividade probatória, o art. 335 do CPC *não tem a sua aplicabilidade esgotada ou circunscrita, como num círculo de ferro, à apuração dos fatos controvertidos no processo ou à valoração da sua prova*, sem embargo da relevância de que se reveste nessa importante fase processual, *mas espraia-se, sem dúvida alguma, por toda a extensão da cognição judicial, indicando soluções para os casos de incidência de juízos de valor, de presunção e de descoberta do sentido de expressões vagas*, como bem já assinalou o Professor José Carlos Barbosa Moreira, um dos mais eminentes jus-processualistas do País ("Regras da Experiência e Conceitos juridicamente Indeterminados", *Revista dos Tribunais* 261, p. 14).

Na verdade, será sempre importante realçar que não poucas vezes o CPC emprega locuções de conteúdo jurídico *vago, incompleto ou impreciso, os conceitos juridicamente indeterminados*, tal como o faz no art. 125, por exemplo, que é passagem eloqüente da adoção da salutar diretriz de se atribuir ao Juiz a direção do processo, ao proclamar:

Art. 125. O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, compelindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela rápida solução do litígio;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; e

IV – tentar a qualquer tempo conciliar as partes.

Essas funções judiciais que se encartam na *direção do processo em todos os seus momentos* (e não apenas na sua relevante fase instrutória, como se vê) atribuem ao Juiz *tarefas de índole ou natureza essencialmente administrativa ou instrumentadoras da função de*

julgar, porquanto as dicções do art. 125 do CPC empregam locuções de sentido amplo e aberto, que veiculam, na verdade, *conceitos juridicamente indeterminados*, impondo-se a oportuna atividade de sua *conteudificação*, no momento em que se evidencia a *necessidade* de sua aplicação, no iter administrativo do feito a cargo do Julgador.

Relembre-se que os chamados *conceitos jurídicos indeterminados* têm as suas nascentes nos domínios do Direito Administrativo, onde servem de parâmetro ou de referência à adoção da *atividade administrativa discricionária*, a cargo dos agentes administrativos públicos, de tão largos e relevantes préstimos nos desempenhos estatais modernos, como ensina a douta Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 1991, pp. 65 e segs.), mas frisando *que nenhuma atividade administrativa estará inteiramente liberta de limites jurídicos, pois, ao menos quanto à sua finalidade, sempre estará jungida à lei*.

Ministra erudita lição com esse mesmo conteúdo jurídico a eminente Magistrada Federal e Professora Germana de Oliveira Moraes, da UFC, advertindo para a necessidade de reflexão criteriosa quando presente a oportunidade de *preenchimento* desses conceitos jurídicos indeterminados, para não se eliminar, na prática, por substituição pelo critério do Juiz, a direção ou sentido que o legislador quis imprimir àquela situação administrativa (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*, Dialética, São Paulo, 1999, pp. 55 e segs.).

Como se pode facilmente entrever, é tênue a linha que divide a *atividade discricionária do administrador* da atividade judicial de controle de sua discricionariedade, sendo muito freqüente a adoção da diretriz que veda ao Juiz invadir a seara da discricção administrativa, devendo ater-se ao exame crítico do aspecto de legalidade, externo ao mérito do ato da Administração; essa diretriz é *antiga*, ganhando novos adeptos e

expansão doutrinária a que advoga caber ao Juiz *ir além* da avaliação externa dos atos administrativos, para criticar mesmo o seu conteúdo meritório.

Assim se dá, precisamente, quanto a esses poderes *discricionários* do Juiz, que estará, sempre e sempre, vinculado à finalidade do processo, que é, dentre todas, a de proporcionar a produção de uma decisão dentro dos padrões operacionais do ordenamento jurídico e que seja, ao mesmo tempo, justa e equânime, obtida em condições de igualdade de tratamento entre as partes.

Por sua vez, o art. 130 do CPC, também voltado especificamente à matéria probatória, confere ao Juiz, em primeiro lugar, a função de *selecionar as provas que entenda necessárias, dentre aquelas propostas pelas partes da lide, mas lhe permite também determinar a produção de outras provas que devam ser produzidas no essencial interesse do julgamento da causa, ainda que não tenha havido prévio protesto por elas ou até quando as partes as tenham expressamente dispensado*.

É bem verdade que, diante da inércia da parte em produzir as suas provas, será processualmente possível ao Juiz *decidir antecipadamente a lide, mas tal postura, entretanto, se haverá de ter por demasiada ou excessiva, mormente se se levar em conta que o interessado primaz na prova é o próprio Julgador*, tanto que pode determinar de ofício a sua produção (art. 130 do CPC).

Essa situação é bem presente quando o réu, por exemplo, *deixa de especificar, na contestação, as provas que pretende produzir* (art. 300 do CPC), *limitando-se, apenas, a indicá-las de modo genérico, tal como se permite fazer à parte autora, a quem basta indicar, na petição inicial, as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados* (art. 282, VI do CPC).

O art. 300 do CPC permite se indagar se o *simples protesto por amplas provas (forma usual e genérica), pelo réu, na contestação, será (ou não) suficiente para lhe garantir e oportunizar, em tempo futuro do processo, a sua especificação e justificação*; alguns autores, como o eminente Professor Sérgio Sahione Fadel, entendem que a omissão, na contestação do réu, da especificação das provas que pretende produzir, *acarreta a preclusão automática dessa sua faculdade* (art. 183 do CPC), por se ter escoado, nesse caso, *in albis* o prazo destinado ao seu exercício.

No magistério desse mestre processualista, a defesa do réu, por via da contestação, deve abranger a totalidade das suas razões fálicas e jurídicas, sob a pena de aplicação do instituto da preclusão processual:

As razões de fato e de direito com que o réu responde às alegações do autor, devem ser expostas, de uma vez na contestação. Se não o fizer, preclui o seu direito, principalmente no que tange à matéria de fato. (...). Cabe, ainda, ao réu, na contestação, esclarecer logo quais as provas que pretende produzir, sendo certo que se não o fizer nessa oportunidade defeso lhe será fazê-lo mais tarde. Não especificando as provas, se infere que as não deseja produzir. (CPC Comentado, vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 508)

O eminente Professor Humberto Theodoro Júnior também ministra lição com este mesmo conteúdo:

A forma da contestação é a petição escrita endereçada ao juiz da causa. Nela o réu tem que alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor, e especificando as provas que pretende produzir. O ônus de argüir na contestação toda a matéria de defesa e a consagração, pelo Código, do princípio da eventualidade ou da concentração, que consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação. Dessa forma, incumbe ao réu formular de uma só vez na contestação todas as defesas de que dispõe, de caráter formal ou material, salvo apenas aquelas que constituem objeto específico de outras respostas ou incidentes, como as exceções e a reconvenção. (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 378)

A jurisprudência dos Tribunais também dá amplo abono a essas posições da doutrina jurídica, como se vê nestes julgados do colendo STJ e do excelso STF:

Não há como opor-se ao julgamento antecipado da lide se o recorrente limitou-se, em sua contestação, a formular defesa genérica contra a inicial, sem protestar, sequer, pela realização de provas especificamente. (REsp 3.416-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 17.09.90, p. 9.509)

Embargos de declaração. Contradição quanto à configuração do cerceamento de defesa. Inexistência. 1. Estando claro no acórdão embargado a constatação de que não houve pedido de realização de perícia e de que o julgamento antecipado da lide não feriu o devido processo legal, inexistente a alegada contradição quanto à configuração do cerceamento de defesa. 2. Embargos de declaração rejeitados. (EDREsp 258.176-PR, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 02.04.01)

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Julgamento antecipado da lide. Alegação de cerceamento de defesa. Improcedência. Julgamento antecipado da lide. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado, e, por isso, não há necessidade de produção de provas em audiência. Violação ao princípio da ampla defesa. Inexistência. Agravo regimental improvido (Ag. Reg. em Ag. de Inst. 143.608-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* 03.05. 96, p. 13.905)

Porém, como alerta o excelso Pontes de Miranda, *pode haver omissão do réu, mas as provas feitas pelo amor não bastarem para se admitir a presunção de veracidade* (Comentários ao CPC, tomo IV, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 156), sob o insuperável argumento de que o fato não contestado só é tido como verdadeiro *se outras provas não impuserem o contrário*; essa orientação colmata a diretriz de que o Juiz. não é mero observador da cena processual, *mas um dos seus atares mais dinâmicos, certamente o mais dinâmico de todos*.

A função de *determinar a produção de provas*, ainda que não tenha havido requerimento das partes ou mesmo tenham elas manifestado a sua expressa dispensa, talvez seja a mais forte indicação

da proeminência da função do Juiz, na direção administrativa do processo, *completando-se com aquel'outra de rejeitar as diligências inúteis ou meramente protelatórias, ao seu juízo exclusivo, bem como na função de impedir que o eventual conluio entre os litigantes viabilize a obtenção de fim legalmente proibido*, quando as *circunstâncias da causa* indicarem esse propósito (art. 129 do CPC).

Novamente se conferem ao Juiz, por meio desses dispositivos, *ampos poderes administrativos indeterminados (ou abertos)*, decorrentes da sua condição de reitor ou condutor do processo, em face dos conceitos *inespecíficos* que se expressam em locuções tais como *circunstâncias da causa* (art. 129 do CPC) e *diligências inúteis ou meramente protelatórias* (art. 130 do CPC), cujos conteúdos serão determinados caso a caso pelo Julgador, no exercício daquela prefalada função.

Já no que diz respeito propriamente à *avaliação das provas*, o art. 131 do CPC traz prescrição de que essa atividade se desenvolve em clima de liberdade em favor do Juiz, ou seja, não está ele, o Julgador, adstrito a nenhuma das provas trazidas aos autos ou neles produzidas, *nem mesmo à prova pericial, geralmente ornada de muito prestígio e havida em muitos casos como soberana* (art. 436 do CPC).

Em tema de avaliação das provas, é correto dizer que o Juiz as aprecia *relativamente ao seu conjunto*, não se limitando a nenhuma prova isoladamente, nem a certo aspecto de certa prova, com a minimização ou o descarte dos demais outros meios constantes do processo.

É curial que o Julgador somente pode formar a sua convicção com o exame das provas efetivamente disponíveis nos autos, mas não está obrigado a se contentar com elas, podendo (e devendo, em certos casos) ordenar a produção de tantas quantas lhe sejam necessárias; também é importante frisar que não é lícito ao Juiz *deixar de apreciar a prova constante dos autos*, pois a sua liberdade (art. 131 do CPC) se traduz na possibilidade de avaliação de todo o elenco probatório, de

acordo com a sua convicção, *mas não se lhe reconhece o poder de deixar de considerar as provas ou, se assim agir, não será o art. 131 do CPC que lhe dará suporte para tanto.*

Segundo a norma desse artigo, o Juiz deve *atender aos fatos e circunstâncias dos autos*, mesmo que as partes não os tenham alegado, aí residindo a *ilimitação da sua função de avaliar todo o complexo probatório, que se materializa ou se objetiva em cada um e em todos os elementos componentes das circunstâncias processuais gerais.*

Justifica-se tudo isso sobretudo pela compreensão de que o *destinatário preferencial da prova é o Juiz* e que não se deve dispendar esforços importantes na produção de provas *inúteis ou desnecessárias*, quais aquelas que não lhe tragam ao conhecimento dados de valia para resolução da controvérsia, conforme já decidia o colendo TRF (AG 51.774-MG, Rel. Min. Geraldo Sobral, *DJU* 15.05.89, p. 7.935).

Essa proposição, contudo, às vezes pode conduzir a situações algo problemáticas, quando a parte, por exemplo, intenta trazer aos autos certa prova que o Juiz considera *desimportante* (inútil ou desnecessária), mas que poderá se mostrar de relevo, no futuro, quando o processo vier a ser apreciado em outros graus de jurisdição, por meio da interposição de recursos.

Deve-se entender que a avaliação probatória feita pelo Juiz *é limitada essencialmente à sua própria convicção imediata, daí a largueza que deve preponderar no deferimento das provas requeridas pelas partes*, a não ser que a sua desnecessidade ou inutilidade sejam de tal modo evidentes, que possam ser tidas como manifestas; tal se dá, por exemplo, quando o fato (*importante para o julgamento do processo*) já se acha provado nos autos ou é daqueles que somente se provam com perícia, caso em que a ouvida de testemunhas seria de todo improdutora de qualquer resultado útil.

Se, por hipótese, o julgamento se exaurisse na decisão de primeiro grau e o *juízo da prova (e sobre a prova) não se estendesse a outros graus ou instâncias julgadoras e nem repercutisse nelas, caberia a sua avaliação exclusiva ao órgão judicial primário, que poderia, assim, agir de forma absoluta, fechando completamente o elenco das provas, já que a decisão obteria definitividade com aquela única apreciação da causa.*

Essa orientação tem aplicabilidade nos sistemas processuais de *grau único*, aliás de reconhecida raridade, e nos casos em que o recurso a outras instâncias comuns (*comportantes de apreciação de provas*) é inadmissível; como se vê, essa limitação da prova somente ocorre em situações de *altíssima singularidade*, dificilmente encontráveis na prática da vida judiciária.

Por outro lado, em face da tendência de não se acolherem, nas instâncias recursais, salvo em situações excepcionais, questões de fato não articuladas no juízo inferior (art. 517 do CPC), afastando-se, assim, a produção de provas quanto a esses fatos, *permanece o interesse em que o panorama probatório, no primeiro grau, seja sempre o mais amplo possível, dado que o reexame ulterior dos fatos da causa ficará circunscrito aos elementos já encartados nos autos.*

Mas se lembre que nesses *casos excepcionais* se haverá de permitir, no grau recursal, a produção de provas, *desde que necessárias ao deslinde da controvérsia*, segundo assim parecer ao órgão julgador:

Tem o julgador iniciativa probatória, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. (REsp 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 18.03.96, p. 7.568 e RSTJ 84, p. 250)

O julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, (em o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta (*Lex-JTA* 141/257), desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório (*Revista Forense* 336, p. 256)

No que diz respeito, porém, à seleção, produção e valoração da prova, a primeira observação a se fazer, relativamente à regra do art. 335 do CPC, é a de que *não se trata de uma espécie de norma de aplicação apenas subsidiária, isto é, que somente poderia ter aplicabilidade quando (e se) não houvesse normas jurídicas particulares, legalmente indicadas ou prestantes para a resolução da questão probatória em exame.*

Porém, o colendo STJ, *contra o voto solitário do eminente Ministro Eduardo Ribeiro*, já teve a oportunidade de proclamar tal subsidiariedade, acolhendo, naquele julgamento, a *exegese literal* do art. 335 do CPC, ou seja, afastando a aplicação das *regras da experiência comum do Juiz, quando se examinar situação-problema para a qual a lei processual dá a medida ou a solução probatória* (REsp 39.236-RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 24.11. 97, p. 61.192).

Nessa linha de compreensão, a aceitação extensiva da subsidiariedade dessa norma processual positiva (a do art. 335 do CPC) levaria inevitavelmente à constatação da *existência de algumas situações, legalmente determinadas, em que as provas estariam previamente selecionadas e, mais que isso, previamente valoradas, não restando ao Juiz nenhum poder quanto à sua criteriosa apreciação, seja para rejeitá-las, seja para aceitar outras em adversidade ou em substituição àquel'outras.*

Admitida essa solução, diante das prescrições normatizadas sobre a prova, *não caberia a invocação das regras da experiência comum,*

e muito menos a aceitação de outros meios probatórios que não fossem aqueles previstos em lei, com a relevância, a forma e os efeitos por ela (a lei) já previamente delineados e definidos.

Essas situações conduzem à admissão da já aludida *prova tarifada*, qual seja aquela que o meio probatório é não só e apenas legalmente previsto, mas por igual previamente valorado; salta aos olhos a *inconveniência dessa solução, por limitar drasticamente a cognição do Juiz e a sua liberdade no exercício da jurisdição e mesmo praticamente impedir a aplicação da equidade (ou da justiça do caso concreto).*

A legislação brasileira abriga vários exemplos de *prova tarifada*, qual o que se acha no art. 55, § 3º da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), *que rejeita a prova exclusivamente testemunhal para a demonstração da relação laborativa, com vistas à obtenção de benefício do INSS*, e o art. 401 do CPC, *que inadmite a prova somente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos*; o art. 227 do Código Civil de 2002 também traz essa mesma dicção; quanto ao primeiro caso, veja-se que a Súmula 149 do colendo STJ consagra tal orientação, ao consolidar que a *prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da situação laborativa, para o efeito da obtenção de benefício previdenciário.*

A exclusão *apriorística* da prova exclusivamente testemunhal se mostra uma prática judicial de todo perigosa e arriscada e não apenas por *limitar a aplicação da equidade pelo Juiz* (o que já seria um grande prejuízo para a justiça do caso concreto), mas também pela potencialidade de espalhar a mancha da sua insuficiência para as demais searas da cognição processual, talvez até à seara do Direito Penal, *em que a prova obtida por meio de testemunhas é aceita até mesmo nos crimes mais graves, para aplicação das mais severas penalidades.*

Como se aceitar que uma pessoa possa ser condenada a anos e anos de reclusão, com base em testemunhos orais, e se recusar a esses

mesmos depoimentos a força de provar um contrato de qualquer valor ou mesmo de evidenciar uma situação subjetiva, qual a de trabalhador rural, por exemplo?

Entretanto, a tendência mais recente ou mais aberta da jurisprudência dos Tribunais se orienta no sentido de *abrandar o rigorismo dessas previsões legais*, em favor de maior flexibilidade na apreciação da prova, nos casos concretos, dando-se maior relevo às suas circunstâncias e evoluindo no rumo de admitir a prova exclusivamente testemunhal, até mesmo nos casos em que a prova documental é expressamente requerida e aq(u)el'outra excluída em termos até peremptórios.

Essa evolução, no exemplo de prova tarifada acima aludido, acolhe que, se provado, em Processo de Cognição, através de testemunhas idôneas e coerentes, o *fato* da prestação de serviço ou do trabalho, tem-se como procedente o pedido do seu reconhecimento judicial.

Um dos esteios dessa compreensão está em que a cognição judicial funda-se *na livre apreciação da prova dos fatos pelo Juiz da causa*, não estando cerceada por injunções prévias e limitações externas ao processo (art. 131 do CPC), como já o assinalou o eminente Ministro José Augusto Delgado, quando Juiz do TRF da 5ª Região, nesta lúcida decisão:

A prova testemunhal, apanhada em Juízo, com todas as cautelas legais, desde que não contraditada pela parte contrária, tem potencialidade igual à prova documental, salvo nos casos dos contratos solenes em que o direito material exige o meio documental. (TRF da 5ª Região, AC 8.440-CE, Rel. Juiz José Delgado, *IOB* 91, 3, verbete 4.940, p. 139)

Seguindo-se o magistério do jus-previdenciário Sérgio Pinto Martins, pode-se afirmar que essa orientação fundamentar-se-ia *no critério da opção mais vantajosa para o beneficiário*, critério esse que seria, na opinião do ilustre doutrinador, uma diretriz a ser observada na

aplicação das normas jurídicas da Seguridade Social (*Direito da Seguridade Social*, Atlas, São Paulo, 1998, p. 63).

Sem minimizar a relevância desse critério (que seria certamente específico do Direito da Seguridade Social), o fundamento desse entendimento repousaria em algo muito mais transcendente, como já foi acolhido no colendo STJ, em decisão que resultou afirmativa da inconstitucionalidade da limitação probatória, por ser técnica odiosa de impedimento de acesso à jurisdição:

O Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo de receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados bóia-frias, muitas vezes impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente ao Direito Justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei 8.213/91 (art. 55, parág. 3º) e do Decreto 611/92 (arts. 60 e 61). (REsp 72.216-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 27.11.95, p. 40.935)

Quando o Juiz, pela suas mundivivências, possui amplos conhecimentos *culturais*, será sempre preferível que os aplique na solução das causas, sem o que a sua sentença será apenas um ato de lógica formal, de subsunção da hipótese à norma, *sem a inclusão dos elementos vívidos e autênticos, que se colhem no dinamismo da vida social*.

Não se há de confundir, nesse terreno, a *ciência ou o conhecimento acadêmico*, de importância que não precisa ser assinalada, da qual o Juiz poderá ser sofisticado detentor, com a *cosmovisão* que lhe dá a percepção das coisas, fazendo-o contemporâneo das suas próprias idéias.

Há, ainda, diretrizes doutrinárias em apoio a essa compreensão, preconizando *que a cultura do Juiz é sempre necessária na tarefa de seleção e de avaliação das provas, cumprindo as regras da experiência comum um papel insubstituível nesse esforço*, assinalando-se que, quanto maior foro seu cabedal de conhecimentos, tanto mais autêntica será a formação do seu juízo, como frisa o Ministro Moacir Amaral Santos:

As regras da experiência comum, que surgem da observação do que comumente acontece, e fazem parte da cultura normal do Juiz, serão por este livremente aplicadas, independente de prova das mesmas. O Juiz não pode desprezá-las quando aprecia o conteúdo de um testemunho, ou mesmo de um documento, para extrair a verdade dos fatos testemunhados ou documentados. (*Comentários ao CPC*, vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 53)

Não se trata de *liberar completamente* o Juiz das provas trazidas aos autos pelas partes e nem de permitir que a sua convicção repouse em elementos interiores do seu espírito, *ainda que inegavelmente esclarecido*, quais as suas convicções pessoais sobre certos fatos da vida, a sua interpretação de determinados acontecimentos passados ou, ainda, o seu peculiar *senso de justiça*, esse elemento de tão abstrata conceituação e tão freqüentemente invocado, sob o nome de *entendimento pessoal*, matriz de muitos erros e de outras tantas maiores iniquidades.

3. Conteúdo Discricionário das Regras da Experiência Comum

Como já foi dito, a expressão *regras da experiência comum* veicula um conceito juridicamente indeterminado, que só adquire operacionalidade *quando (e se) o aplicador da norma processual, no caso, o Juiz, lhe der adequado conteúdo, através de atividade de preenchimento (conteudificação) do seu significado*, tal-qualmente ocorre no campo do Direito Administrativo, onde está a sua gênese.

O conceito processual dessa locução, no dizer do douto Professor João Carlos Pestana de Aguiar, tem os seus antecedentes nas chamadas *provas de primeira aparência*, embora se trate, na verdade, de algo muito mais elaborado, e arremata, aceitando que a dicção do art. 335 do CPC é uma *norma em branco*, na medida em que remete ou autoriza a formação do juízo com base em dados externos à prova; ao seu ver, as *máximas da experiência comum* e as *provas de primeira aparência* guardam pontos de grande afinidade, pois contribuem para a *formação do convencimento do Juiz através de princípios práticos da vida e da experiência daquilo que geralmente acontece* (*Comentários ao CPC*, vol. IV, RT, São Paulo, 1977, p. 103).

E assim conclui a lição o eminente processualista e Magistrado do Rio de Janeiro:

Embora seja um juízo de raciocínio lógico formado fora dos elementos de prova constantes dos autos, não se pode afirmar que se trata de um juízo baseado na ciência privada. É, sob certo ângulo de visão, uma execução à regra *quod non est in actis non est in mundo*, mas que se forma por meio de noções pertencentes ao patrimônio cultural comum, eis que se sustém naquilo que de ordinário acontece. Logo, são noções ao alcance de grande número de pessoas e até mesmo do conhecimento obrigatório de uma camada social, pelo que não se pode concluir como noções limitadas à ciência privada do juiz. (op. cit., p. 104)

A *discrecionalidade* que a Lei Processual atribui ao Juiz tem explicação *no sentimento de que o ordenamento jurídico-normativo (ou qualquer dos seus desdobramentos, inclusive a disciplina probatória) não se mostra pleno*, como bem adverte o douto Professor Rubens Limongi França, sempre carecendo, portanto, de concretização no nível imediato das disputas; sem essa atividade, a sentença poderia descambar para materializar apenas atos de pura lógica abstrata ou de pura ciência erudita, sem dúvida admirável, mas reprimindo a finalidade da jurisdição, que se resume em realizar a justiça, como lembra o referido tratadista:

Cumpre, portanto, não perder jamais de vista a realidade sócio-jurídica e não permitir que a tentação de um silogismo ou de uma generalização tecnicamente exatos, comprometam a finalidade da regra, qual seja, a consecução da justiça. (*Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*, RT, São Paulo, 1963, p. 45)

A eliminação ou o descarte puro e simples das *regras da experiência comum* poderia vir a representar a supervalorização do chamado *silogismo decisório*, calcado na prova como se fora um esquema, capaz de permitir a cobertura dos fatos da causa com o manto da lógica formal, rigidamente impenetrável à crítica, resultando um trabalho de fina *ciência jurídica*, mas não abarcando uma *solução de justiça*.

A atribuição de conteúdo às normas processuais que se apresentam *em branco*, contudo, segue critérios que permitem o seu controle, de modo a não acolher delírios ou arbítrios judiciais.

O primeiro índice dessa atividade a cargo do Juiz está na *necessidade*, que deve ser demonstrada, de valer-se desse elemento imaterial e distinto da prova; o segundo indicador está na *adequação* da conteudificação da *norma em branco*, para formatar a regra solucionadora da controvérsia; por fim, como terceiro fator, na *razoabilidade* dessa operação intelectual, diante do prejuízo que a sua não-realização pode trazer ao processo.

Esses raciocínios podem ser feitos pelo Juiz de modo *espontâneo* e geralmente o são, pois estão interiorizados no próprio esforço para julgar, *mas devem ser expressos claramente na decisão que os acolhe, como é exigência constitucional (art. 93, IX da CF) e legal incontornável (art. 131, parte final, do CPC)*.

É preciso realçar que a aplicação das *regras da experiência comum* não significa dizer que o Juiz esteja autorizado a decidir a causa *com base no conhecimento particular (ou extra-autos e extraprova)* que possa ter dos fatos da lide, mas sim que o Julgador tem a prerrogativa de

interpretar os fatos provados no processo a partir dos elementos que possui, hauridos na experiência comum e na observação do que ordinariamente acontece.

Se o julgamento se fundamentar em ciência pessoal do Juiz, *quanto aos fatos da lide*, ter-se-á um julgamento nulo, eis que, em tal hipótese, estaria o Julgador despido da necessária *imparcialidade*, revestindo muito mais a condição de testemunha extrajudicial.

4. O art. 335 do CPC e o Livre Convencimento

A possibilidade que tem o Juiz de valer-se das regras da experiência comum para formação dos seus juízos decisórios mostra a importância do princípio processual do *livre convencimento*, que, por sua vez, se matricia na liberdade da análise de todas as provas trazidas aos autos.

O *problema probatório*, posto em contraste com o do *livre convencimento judicial*, é dos mais relevantes no âmbito do Processo Civil, pois se há de buscar sempre o necessário equilíbrio entre a desejada segurança fornecida pelas provas previamente estimadas e a realização da justiça no caso concreto (equidade), que resulta da liberdade que tem o Juiz de, ao proferir a sua decisão, valorar, nessa mesma oportunidade, o amplo espectro das provas.

Se não é mais aceitável, em sua plenitude, o tradicional sistema da tarificação das provas, também não se mostra isento de falhas o sistema da liberdade absoluta do Julgador, *daí a indispensável necessidade de encontrar-se o meio termo entre esses dois pontos extremos*.

São fundamentalmente dois os grandes sistemas de categorização das provas, quanto à maior ou menor liberdade do Juiz ao apreciar os seus elementos essenciais:

a) o tradicional sistema da *prova legal (ou prova tarifada)*, de larga aplicação no passado e ainda sobrevivente em situações legalmente determinadas, em que a indicação e valoração dos meios probatórios são prefixados pelo legislador, e

b) o sistema processual moderno (ou atual) do *livre convencimento judicial motivado*, em que não há prévia indicação ou valoração da prova, ficando o Juiz desvinculado de pré-limitações legais, no que toca à sua apreciação.

O sistema da *prova legal ou tarifada* tem remotas raízes na tradição do Direito Germânico antigo, daí se passando para os sistemas jurídicos medievais europeus e para as Ordenações do Reino de Portugal e, depois, para as nascentes do nosso Direito Processual Civil, tendo impregnado fortemente os códigos processuais dos Estados brasileiros.

Como é sabido, a República brasileira, com a edição da Carta Política de 1891, reconhecia aos Estados-Membros potestade normativa processual, sendo que vários deles adotaram leis processuais de notável atualidade científica, na época, como é o caso dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, dentre outros.

Com a unificação do Processo Civil no Brasil, a partir do Código de Processo Civil de 1939, o sistema probatório tarifado começou a perder a relevância que sempre ostentara, tanto que o art. 118 do CPC de 1939 acolhia expressamente o princípio do *livre convencimento do Juiz*, mas exigindo a fundamentação da decisão; entretanto, o mesmo dispositivo do CPC de 1939 ressaltava que *quando a lei considerasse determinada forma como da substância do ato, não seria admissível outro meio de prova*.

A redação desse dispositivo motivou a seguinte crítica de J. M. Carvalho Santos:

O dispositivo que passamos a comentar figura entre aqueles que são destacados como símbolos das idéias renovadoras do legislador processual brasileiro. Mas, em rigor, a verdade é bem outra. Não há, absolutamente inovação alguma no que aí se estabelece, porque a livre convicção, cerceada como se encontra no texto legal cm apreço, já existia no Direito anterior. Pode ser que a intenção do legislador fosse outra, mais dilatada nos efeitos que pretendia emprestar à livre convicção do juiz, para proferir a sua sentença, mas, redigido como está o artigo supra, evidentemente não existe a liberdade que ao juiz se poderia ler pretendido conferir.

O que a tradição não tolerava, com o apoio do Direito anterior, consubstanciado cm todos os Códigos de processos vigorantes nos Estados, era que o conhecimento particular que o juiz tivesse dos latos discutidos na ação pudessem servir de elemento ou ser utilizados para fundamentar a sua decisão, porque se entendia, reproduzindo um conceito milenar, que os latos que não constam do processo não estão no mundo – *quod non est in actis non est de hoc mundo*.

E essa proibição, ao que nos parece, continua a subsistir, desde que o Código, no artigo que comentamos, permite apenas que o juiz forme a sua livre convicção, com fundamento na prova apresentada, atendendo tão-somente aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, embora não alegados pelas partes. (*CPC Interpretado*, vol. II, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1964, p. 127)

O art. 131 do CPC de 1973 não reproduz *in totum* a orientação do art. 118 do CPC de 1939, que é reputada pelos doutrinadores mais autorizados como sendo realmente a preferível, podendo ser entendida como uma das pilastras do sistema processual, como já o afirmou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual. (REsp 7.870-SP, DJU 03.02.92, p. 469)

Esse princípio livra efetivamente o Juiz, da submissão as conclusões de *certas e determinadas provas*, dando-lhe o azo de formar o seu convencimento com a análise do amplo conjunto dos elementos trazidos aos autos.

A amplitude dessa liberdade *afasta até mesmo a presunção de veracidade dos fatos não impugnados*, o que poderia parecer à primeira vista inevitável, em face dos comandos dos arts. 302 e 319 do CPC, bem como do próprio sistema processual probatório, *a proclamar que os fatos não contestados, os notórios e os admitidos como verdadeiros, não carecem de ser provados*.

Veja-se esta decisão do egrégio STJ, onde se assenta essa salutar diretriz:

Fatos não contestados. Oposta, como defesa, pelo réu, a prescrição aquisitiva de imóvel urbano, instituída no art. 183 da CF, o silêncio do autor sobre tais fatos (art. 334, II do CPC) não impede ao Juiz dar-se por insatisfeito com a prova e rejeitar a pretensão, pois o CPC também acolhe o princípio do livre convencimento. (REsp 45.693-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 78, p. 295)

Entretanto, cabe a assinalação de que o princípio do livre convencimento, libertando o Juiz da tirania da prova tarifada, *não o liberta, porém, para afirmar, nas decisões, simplesmente as suas próprias convicções pessoais, arrepiando os fatos provados nos autos, ou baseando-se em elementos extraprocessuais, ainda que verdadeiros*.

Vê-se nesta passagem do mestre Celso Agrícola Barbi a precisa afirmação desse importante componente do sistema probatório:

A liberdade concedida ao Juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que surja, a parte final do artigo impõe ao Juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicitação de como o Juiz se convenceu da existência ou inexistência dos fatos cm que se baseia a sentença. (*op. cit.*, p. 535)

Relevaria distinguir, neste passo, as *convicções subjetivas* do Juiz e o seu *convencimento racional*, que são entidades intelectuais inconfundíveis, não devendo as primeiras, ou seja, as convicções subjetivas, preponderar na sua avaliação sobre as provas adunadas no processo.

As convicções pessoais dos indivíduos assemelham-se essencialmente a proposições interiorizadas no espírito, algo à maneira de reflexões fideístas, talvez, até resultantes de devocionismos, enquanto o convencimento intelectual é produto da elaboração racional de base científica, sobre fatos indubitáveis e existencialmente provados nos autos.

Frise-se que o princípio do *livre convencimento do Juiz* assegura-lhe e protege-lhe a liberdade de julgar, *mas não a de simplesmente afirmar as suas convicções subjetivas, por mais legítimas que sejam.*

A relevância desta assertiva está em que ela veda ao Juiz *decidir sobre fatos não inseridos no processo*; repita-se, portanto, que o princípio do livre convencimento é técnica que assegura ao Julgador a liberdade de apreciar e valorar *os fatos do processo, mas nunca os que nele não estão incluídos, ainda que o Juiz eventualmente possa ter ciência deles, por informação fidedigna, mas extra-autos.*

O Professor Hélio Tornaghi assim assinala como o Juiz somente pode analisai-os fatos dos autos, embora seja livre para os avaliar:

As leis modernas prescreveram a liberdade dada ao Juiz para formar convicção segundo seu conhecimento privado. Não pode estribar-se a decisão no que a comadre do Julgador lhe disse ao pé do ouvido. O Juiz tem liberdade de examinar as provas, de crer ou não crer no que elas pretendem provar; mas o exame e das provas dos autos. O que não está nos autos não está no mundo, não existe para o Juiz. (*Comentários ao CPC*, vol. I, RT, São Paulo, 1976, p. 403)

O mestre José de Moura Rocha também se manifesta no mesmo sentido, nestas conclusivas palavras, mostrando à necessidade de o Juiz ater-se às provas dos autos, não lhe reconhecendo poder divagar para além de seus limites:

A livre convicção da prova há de ser entendida como a livre apreciação dos elementos da prova ao serem pesadas e apreciadas para, no final, submeterem-se ao raciocínio do Julgador de forma não somente esclarecida como, também, desapaixonada. Tudo decorrendo de uma investigação sincera e honesta da prova produzida. A livre apreciação da prova pelo Juiz não é, de nenhuma maneira, uma convicção íntima e imotivada. Muito pelo contrario, haverá de ser motivada, lógica e racional. (*Processo de Conhecimento*, Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 265)

Sem embargo disso, o vigente CPC alberga, em vários de seus dispositivos alusivos à prova, preceitos que se aproximam do sistema da *prova tarifada*, qual o art. 366, cuja dicção encerra diretriz que aparentemente não comporta flexibilização, ao enunciar que *não será admissível nenhuma outra prova, por mais especial que seja, quando a lei exigir o instrumento público como da substância do ato*.

Apenas para ilustração, vejam-se, dentre outras, estas hipóteses em que o instrumento público é tido como substancial do ato:

- a) os pactos antenupciais, as adoções e os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros, exceto o penhor agrícola (art. 134 do CCiv/1916 e art. 215 do CCiv/2002);
- b) as procurações passadas pelas pessoas relativamente incapazes, assistidas por seus representantes (arts. 135 e 1.289 do CCiv/1916 e arts. 221 e 654 do CCiv/2002);
- c) a instituição do bem de família (art. 73 do CCiv/1916 e art. 1.714 do CCiv/2002);
- d) a criação de fundações (art. 24 do CCiv/1916 e art. 62 do CCiv/2002);
- e) as alienações e hipotecas de navios nacionais de longo curso (art. 468 do CCom).

A diretriz do art. 366 do CPC, contudo, não conta com o abono doutrinário do eminente Professor Celso Agrícola Barbi, por exemplo, *que aceitei possa um depoimento testemunhal suplantar o valor probante de uma escritura pública ou admiti-lo como bastante para provar obrigação de qualquer valor (op. cit., p. 534).*

5. As Regras da Experiência Comum e o Princípio da Equidade

A aplicação, pelo Juiz, das regras de experiência comum na avaliação das provas trazidas ao processo visa certamente evitar, na medida do possível, a formação de *juízos essencialmente técnicos*, buscando-se o seu temperamento pela inserção da verificação do que ordinariamente acontece.

Admite-se que essa linha de ponderação decisória leva à melhoria do nível de justiça e da igualdade na solução judicial, aproximando a decisão do que seja *efetivamente mais justo*, segundo um critério consensualizado de modo informal, e não apenas legalista, *tornando a decisão possivelmente mais eqüitativa*.

Apesar disso, as decisões judiciais por equidade, de acordo com o sistema processual vigente (art. 127 do CPC), continuam parecendo admissíveis apenas em casos excepcionais, ou seja, *somente nos casos previstos em lei*.

Com efeito, a regra dominante é a de que o Juiz, no julgamento da lide, *aplicará as normas legais* (art. 126 do CPC), significando isso que o sistema processual acolhe o princípio da *estrita legalidade* nas decisões das questões, o que denota a adoção do preceito que vincula o Julgador aos roteiros dados pela normatividade positiva.

A aceitação desse sistema legalista, por outro lado, pressupõe que, pelo menos em termos gerais, exista previsão solucionadora dos

litígios, para cada caso concreto; ao Juiz incumbe, portanto, nessa perspectiva, *encontrar, dentro do ordenamento positivo, a solução jurídica adequada, indicada expressamente na lei ou, se não, pelo menos passível de ser descortinada por esforço integrativo*.

Entretanto, o próprio sistema jurídico processual cuida de superar (ou preencher) as suas inevitáveis falhas ou discontinuidades normativas, apontando quais os meios que podem ser validamente empregados nessa atividade de integração.

Aceita-se assim, aparentemente, que é através do processo judicial que se levanta o *problema das lacunas normativas*, ou, em outros termos, que a questão das lacunas das normas é uma questão *da jurisdição* e, portanto, essencialmente processual ou, pelo menos, que e no instante da aplicação das normas que o Juiz detecta a ausência de regra positiva adequada à solução do litígio, *dessa forma se lhe autorizando o uso dos recursos integrativos do ordenamento*.

Não é mais aceitável negar a lacunosidade do Direito Positivo, lendo em vista que essa situação é de verificação empírica, pela só observação do quadro normativo, como bem assinala a Professora Maria Helena Diniz:

Vão seria contestar a existência de lacunas no direito. Ante a dinamicidade do direito, as lacunas são uma realidade inquestionável, devido às próprias e naturais limitações da condição humana que impedem ao legislador a possibilidade de prever todas as sanções presentes e futuras que podem cair sob a égide da norma e, como se isso não fosse suficiente, a contínua criação que a vida, de per si, contém implicitamente, pelo seu desenvolvimento, deixa sempre fora de adequação as pautas normativas ditadas pelo Legislativo; daí os conflitos dentro do complexo sistema jurídico. (*Lei de introdução do Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 103)

Bem por isso, o art. 126 do CPC, reproduzindo o art. 4º da LICC, ao tratar do Secular *problema das lacunas da lei*, prevê as formas

alternativas de solução e julgamento das questões, através de recurso sucessivo do Juiz *à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito*, assim colmatando o sistema jurídico e tornando-o prática e abstratamente pleno (sem lacunas).

Mas é oportuno frisar e pôr em realce que a decisão *por eqüidade*, prevista no art. 127 do CPC, não se mostra, a rigor, como um modo de plenificar ou integralizar o sistema jurídico, pois é antes de tudo uma *qualidade* da decisão dada pelo Juiz, *tanto nos casos em que a lei lhe permite expressamente a sua aplicação, como nos casos em que a sua invocação é claramente necessária para realizar a justiça do caso concreto*.

Dois momentos distintos oportunizam a presença da eqüidade:

a) o momento da elaboração da norma jurídica (*eqüidade normativa ou legal*), quando o legislador absorve o sentimento do que seja mais justo e eqüitativo, ao disciplinar determinada relação de direito material, e

b) o momento da aplicação da norma pelo Juiz (*eqüidade judicial*), quando o Julgador se vale, in concreto, do critério de atenuação do rigor da lei.

A *eqüidade judicial*, que essencialmente se mostra na flexibilização da norma jurídica, no interesse da sua melhor interpretação, resulta, em primeiro lugar, *em fazer o Juiz que o sentido da lei prevaleça sobre as suas palavras* e, em segundo lugar, *que dentre plúrimas acepções possíveis da mesma regra jurídica, o Juiz escolha aquela que se evidencia mais humana, mais benigna ou mais racional*.

Cumprе insistir: a aplicação da equidade judicial *independe realmente de prévia autorização legal expressa*, pois decorre necessariamente da própria função de julgar e está amparada na sobre norma do art. 5º da LICC, que é a *grande matriz da eqüidade*.

Essa norma da LICC (art. 5º) projeta efeitos em todas as direções e sentidos, de modo a impregnar todos os julgamentos, como ensina Maria Helena Diniz:

O art. 5º (da LICC) está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto. A equidade apresenta-se como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor; adaptando-se ao caso *sub judice*. Nesta sua função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas amoldá-la às circunstâncias sócio-valorativas do fato concreto, no instante de sua aplicação. (*op. cit.*, p. 158)

O Professor José de Oliveira Ascensão apóia essa orientação, dizendo:

A solução pela equidade é a solução de harmonia com as circunstâncias do caso concreto, e não com quaisquer injunções, mesmo indirectas, do sistema jurídico. (...) A equidade não está necessariamente vinculada à matéria de integração das lacunas do sistema jurídico. Pode a equidade funcionar também quando há norma, quando se permite para certos casos a substituição de determinação legal por um ajuste equitativo, ou uma aplicação da norma que se adegue às circunstâncias do caso concreto. (*O Direito: Introdução e Teoria Geral*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977, p. 394)

Por conseguinte, a decisão por equidade *não depende de previsão legal expressa nem de lacuna normativa*: a lacuna normativa é preenchível com a atividade racional analógica, a pesquisa dos costumes e a captação dos princípios gerais do direito (art. 126 do CPC), *mas a solução judicial por equidade pode e deve ser sempre aplicada, mesmo em presença de norma expressa* (art. 5º da LICC), podendo se entender que a regra do art. 127 do CPC se direciona *a quaisquer contextos em que uma decisão judicial deve ser emitida e não apenas aos casos em que haja expressa previsão legal autorizativa da decisão por equidade*.

O ordenamento positivo, porém, alberga várias situações exemplares em que pode ser aplicada a decisão por equidade, em razão

de expressa previsão normativa; essa forma de equidade é a chamada *equidade legal*, que não esgota as possibilidades de sua aplicação.

As hipóteses seguintes servem de mera ilustração de casos de *equidade legal*, mas não significam, em absoluto, que fora das situações previstas em lei para sua aplicação descaiba a decisão por equidade:

a) o art. 1.109 do CPC, que regula a jurisdição voluntária: *o juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez.) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna;*

b) o art. 8º da CLT, que coloca a equidade como meio subsidiário da decisão trabalhista: *as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público;*

c) o art. 108, IV do CTN, que rege a aplicação da legislação tributária: *na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: (...); IV – a equidade;*

d) o art. 172, IV do CTN, que disciplina a remissão total ou parcial do crédito tributário por ato da autoridade administrativa: *a lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: (...) IV – a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;*

e) o art. 7º do CDC (Lei 8.078/90), que regula a decisão das lides sobre questões de consumo em face dos direitos do consumidor: *os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade;*

f) o art. 2º, *caput*, da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), apesar de este não ser um caso de atuação jurisdicional em sentido clássico: *a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes*; e

g) o art. 6º da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95): *o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum* (norma esta que se compatibiliza com os arts. 5º e 25 do referido diploma legal).

A jurisprudência dos Tribunais tem prestigiado de forma crescente as *decisões por equidade*, valorizando-as como representativas da orientação que busca a efetivação da *justiça do caso concreto*, como se vê nestes paradigmáticos acórdãos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A proibição de que o Juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução. (REsp 48.176-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RSTJ* 83, p. 168)

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças. (REsp 2.447-RS, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, *RSTJ* 28, p. 312)

A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Se o Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da justiça e do bem comum. (REsp 4.987-RJ, Rel. Min. Sílvio de Figueiredo, *RSTJ* 26, p. 378)

A doutrina mais conservadora sobre o conceito de equidade, porém, não acolhe estas conclusões, em especial a de que ela se integra na própria atividade de julgar e está *sempre presente em qualquer julgamento*.

É representativa de tal posicionamento jurídico doutrinário a observação do eminente Carvalho Santos, dizendo que *a aplicação da equidade pressupõe a ausência absoluta da lei disciplinando o objeto da controvérsia* (CPC Interpretado, vol. II, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, p. 115).

É bastante provável que essa idéia se radique, legitimamente, na dicção do art. 114 do CPC de 1939, *que atribuía ao Juiz, quando autorizado a decidir por equidade, o poder de legislar para o caso concreto*, o que realmente pressupunha a ausência de normas, daí as construções doutrinárias segundo tal direção normativa.

Ademais, essa doutrina se fundava no relevante dogma da segurança jurídica, que inaceitava o abandono da norma legal pelo Juiz, ao decidir as causas, *por justo temor da incerteza, preferindo, antes, disciplinara sua atuação, através de prévios roteiros subjugantes do seu julgamento*.

Porém, na moderna concepção, a equidade *deve ser aplicada sem descarte da lei, ou seja, mesmo na presença de norma expressa, mas em íntima composição com ela e permeando por inteiro a atividade de aplicá-la (ou julgar), até (ou especialmente) quando o Juiz tiver de recorrer às técnicas de integração do sistema jurídico*, como ensina a Professora Mônica Sette Lopes:

O julgar com equidade, o valer-se dela, constitui um dado a compor o processo de julgar, desde que seja tida com um recurso dotado de caráter científico, no que se liga à aplicação do direito. Neste percurso, não é dado desconsiderar as variáveis ínsitas no processo de criação e aplicação da norma, as quais se entrelaçam compondo o objeto da disputa jurídica que se leva ao conhecimento do Juiz. (*A Equidade e os Poderes do Juiz*, Del Rey, Belo Horizonte, 1993, p. 66)

Nessa concepção, a equidade *deixa de ser apenas uma técnica de integração jus-sistêmica, no momento da sua aplicação judicial*, e

passa a ser, efetivamente, uma qualidade da decisão judicial, indicando que se trata de provimento banhado da luz da justiça, que é, no final, o objetivo da jurisdição.